

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 244.490 van 16 mei 2019

in de zaak 224.339/XII-8497

In zake: de NV TNS DIMARSO
thans de NV KANTAR BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd
door advocaten Jens Debièvre en Lore Derdeyn
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. De vordering, ingesteld op 25 januari 2018, strekt tot het verkrijgen van schadevergoeding tot herstel ten belope van 53.675 euro, btw niet inbegrepen, “met toepassing van artikel 11bis van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State ingevolge het vernietigingsarrest van Uw Raad nr. 239.937 van 23 november 2017, procedure ingeleid middels verzoekschrift tot nietigverklaring vanwege de nv TNS Dimarso [thans de nv Kantar Belgium] dd. 14 juni 2012, waarbij het besluit van de Vlaamse Overheid Agentschap Wonen —Vlaanderen [...] dd. 11 april 2012, waarbij de overheidsopdracht ‘Woonsurvey 2012’: survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen volgens bestek nr. AWB/VS/501-5-112 wordt gegund aan Ipsos Belgium nv en waarbij ter financiering van de opdracht een bedrag van 1.400.000 euro BTW inbegrepen wordt

vastgelegd op basisallocatie 1NE232 (ESR 1211) — ‘Uitgaven met betrekking tot onderzoek en monitoring in het beleidsdomein huisvesting’, werd vernietigd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 maart 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evi Mees, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp “Woonsurvey 2012: survey naar de woning en de

woonconsument in Vlaanderen”. Het doel van de opdracht is het uitvoeren van een grootschalige survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de algemene offerte-aanvraag.

De gunningscriteria zijn de kwaliteit van de offerte (50/100) en de prijs (50/100).

Er worden vier offertes ingediend, meer bepaald door de verzoekende partij, de nv Ipsos Belgium, de nv New Information & Data en de nv Significant GfK.

Op 11 april 2012 beslist de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie om de opdracht te gunnen aan de nv Ipsos Belgium. Daarbij wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat het gunningsverslag integraal deel uitmaakt van de beslissing en dat de motivering en het besluit ervan geheel worden onderschreven.

3.2. Bij arrest nr. 239.937 van 23 november 2017 in de zaak A. 204.650/XII-6931 vernietigt de Raad van State de voormelde beslissing.

De Raad van State – met verwijzing naar het arrest van het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 juli 2016, TNS Dimarso nv tegen het Vlaamse Gewest, de zaak C-6/15, gewezen op prejudiciële vraag gesteld door de Raad van State bij tussenarrest nr. 229.723 van 6 januari 2015 – verklaart het tweede middelonderdeel van het enig middel in de besproken mate gegrond, in essentie omdat de in het gunningsverslag gehanteerde ordinale beoordelingsmethode “hoog-voldoende-laag” bij het gunningscriterium van de kwaliteit, niet werd vastgesteld vóór de opening van de offertes, de verwerende partij niet aannemelijk maakt dat deze methode “om aantoonbare redenen” niet vóór de opening kon worden vastgesteld en bovendien deze achteraf gekozen

beoordelingsmethode de relatieve weging van de gunningscriteria, zoals vastgesteld in het bestek, blijkt te hebben miskend omdat de ordinale schaal laag-voldoende-hoog tot gevolg heeft gehad dat de drie offertes met evaluatie “hoog” niet nader naar hun inhoudelijke eigenschappen werden gerangschikt, zodat, wat deze drie offertes betreft, het criterium “prijs” onmiskenbaar beslissend is geweest, terwijl het bestek aan beide gunningscriteria dezelfde weging van 50/100 had toegekend. Besloten wordt dat het bijgevolg strijdig is met de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake gelijkheid en transparantie bij overheidsopdrachten dat de kwestieuze gehanteerde methode voor de beoordeling van de offertes door de verwerende partij achteraf werd vastgesteld en dat deze methode vooraf in de aankondiging van de opdracht of het bestek bekend had moeten worden gemaakt.

IV. Onderzoek van de vordering

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij beoogt een schadevergoeding tot herstel te verkrijgen met toepassing van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zij betoogt daartoe, met verwijzing naar het voormelde vernietigingsarrest van 23 november 2017, waarbij de gunningsbeslissing werd vernietigd wegens miskenning van het transparantiebeginsel en van het bestek, dat er onmiskenbaar sprake is van een onwettige handeling.

Voorts doet zij gelden dat niet in alle redelijkheid kan worden betwist dat zij ingevolge de voormelde onwettige gunningsbeslissing van de verwerende partij een nadeel heeft geleden dat vaststaand en dadelijk is. Zo heeft zij de opdracht misgelopen, hetgeen onbetwistbaar een nadeel is dat vaststaand en dadelijk is. In de gevallen waarin de rechter het verlies van een kans aanvaardt, bestaat de schadeloosstelling volgens de verzoekende partij in beginsel uit, enerzijds, de vergoeding voor het verlies van een kans tot gunning van de overheidsopdracht, welke vergoeding door de rechter zal worden vastgesteld,

rekening houdend met de grootte van die kans, en, anderzijds, de vergoeding voor de nutteloos gebleken kosten gemaakt voor het opmaken en indienen van de offerte, zoals studie- en administratiekosten.

De onwettig gehanteerde beoordelingsmethode heeft er volgens de verzoekende partij rechtstreeks toe geleid dat zij de opdracht heeft misgelopen, zodat er evenmin kan getwijfeld worden aan het causaal verband tussen de door de Raad reeds vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat precies bestaat in het niet verkrijgen van de opdracht.

Zij meent dat zij deze schade immers niet had geleden indien er sprake was geweest van een wettige gunningsbeslissing, hetgeen volgens haar impliceert dat de opdracht aan haar zou zijn gegund. Zij had immers een regelmatige offerte ingediend, waarvan bovendien werd vastgesteld dat deze integraal voldeed aan de bepalingen van het bestek, zodoende dat zij de score “hoog” kreeg voor het eerste gunningscriterium “Kwaliteit van de offerte”, net zoals de uiteindelijk gekozen inschrijver. Het loutere feit dat zij een hogere prijs had aangeboden dan de gekozen inschrijver, die haar de derde plaats in de rangschikking heeft opgeleverd, doet volgens haar aan het voorgaande geen afbreuk omdat de manifeste onwettigheid van de gunningsbeslissing tot gevolg had dat het criterium van de prijs doorslaggevend werd in de rangschikking, terwijl aan dit criterium in het bestek hetzelfde gewicht was toegekend als het criterium van de kwaliteit, en omdat de beoordelingsmethode bij het criterium van de kwaliteit geen voldoende onderscheidend vermogen had om een adequate vergelijking van de offertes mogelijk te maken, rekening houdend met de intrinsieke verschillen tussen de offertes. Ten overvloede wijst zij er op dat de Raad van State in zijn arrest reeds heeft overwogen dat, indien de inschrijvers de werkelijke toedracht van de beoordelingsmethode op voorhand zouden hebben gekend, zij zich meer op de prijs van hun diensten zouden hebben gericht, zodat de in het gunningsverslag opgenomen prijzen niet representatief zijn en alleszins niet aantonen dat de verzoekende partij geen kans zou hebben gemaakt om de opdracht te verkrijgen.

5. De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord aan dat het verzoek tot schadevergoeding tot herstel moet worden afgewezen als ongegrond. Zij betwist weliswaar niet het bestaan van de onwettigheid, aangezien deze in het arrest van 23 november 2017 werd vastgesteld. Wel betoogt zij dat de verzoekende partij nalaat haar geleden nadeel te bewijzen alsook het oorzakelijk verband tussen het beweerd geleden nadeel en de vastgestelde onwettigheid.

De verwerende partij meent dat de verzoekende partij in gebreke blijft om te bewijzen dat zij *in concreto* een ernstige en reële kans op het verkrijgen van de opdracht heeft verloren door toedoen van de vastgestelde onwettigheid, zodat het oorzakelijk verband niet is aangetoond.

Volgens de verwerende partij vloeit uit de in het vernietigings-arrest vastgestelde onwettigheid geenszins voort dat de verzoekende partij ook een kans zou hebben gehad op de opdracht. Het feit dat de Raad van State vaststelt dat er een mogelijke beïnvloeding is van de rangschikking door de gehanteerde beoordelingsmethodiek, toont volgens haar nog niet aan dat er effectief een kans was voor verzoekende partij om de opdracht in de wacht te slepen. Zo betoogt zij dat, zelfs wanneer geen rekening wordt gehouden met de eerst gehanteerde beoordelingsmethodiek voor het gunningscriterium “kwaliteit”, dit was laag-voldoende-hoog, en een globale beoordeling van dit gunningscriterium – wat te verwachten viel op grond van het bestek – zou worden gehanteerd, dan nog de offerte van de verzoekende partij geenszins als economisch meest voordelige offerte kon worden gerangschikt. Immers blijkt bij de vergelijking van de offerte van de gekozen inschrijver en die van de verzoekende partij, volgens de verwerende partij, op grond van de motivering in het gunningsverslag, dat beide inschrijvers dezelfde positieve punten hebben, en in die optiek dan ook volledig gelijkwaardig zouden scoren, terwijl voor de “prijs”, wat de beoordelingsmethode ook moge zijn, de verzoekende partij steeds de laagste score zou hebben ontvangen.

De verwerende partij besluit dan ook dat de gemaakte onwettigheid geenszins in oorzakelijk verband staat met de beweerde geleden schade, dit is het verlies van een kans op de opdracht.

6. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat de verwerende partij ten onrechte beweert dat zij nalaat haar geleden nadeel te bewijzen.

Zij verwijst hieromtrent naar “de vaststaande rechtspraak” van het Hof van Cassatie inzake de theorie van het verlies van een kans. Het verlies van een reële kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel voor vergoeding komt in aanmerking volgens dit Hof indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non*-verband bestaat. Het bestaan van een kans vereist geen zekerheid op het verwerven van het verwachte resultaat. De benadeelde kan aldus schadevergoeding verkrijgen voor het verlies van een kans ook al zou zonder de fout het verwachte resultaat niet met zekerheid zijn verkregen.

De verzoekende partij blijft erbij dat in tegenstelling tot wat de verwerende partij tracht te doen uitschijnen, de vaststaande schade in haren hoofde wordt veroorzaakt door het feit dat zij een kans heeft gemist. Zij benadrukt dat uit het feit dat de Raad reeds heeft geoordeeld dat er een beïnvloeding is van de rangschikking door de gehanteerde beoordelingsmethodiek zij effectief een kans had op de opdracht.

Zij wijst er eveneens op dat op geen enkele wijze nog rekening kan of mag worden gehouden met de oorspronkelijke beoordeling van de offertes in het gunningsverslag. De gunningsbeslissing is immers vernietigd en dus met retroactieve kracht uit het rechtsverkeer verdwenen.

De argumentatie van de verwerende partij klemmt volgens de verzoekende partij des te meer aangezien zowel het Hof van Justitie als de Raad

van State hebben geoordeeld dat er mag worden aangenomen dat, indien de inschrijvers de gehanteerde beoordelingsmethodiek zouden hebben gekend en zij dus op voorhand zouden hebben geweten dat het criterium van de prijs uiteindelijk zou doorwegen, zij hun offerteprijzen zouden hebben aangepast. Welnu, doordat de verzoekende partij de gehanteerde beoordelingsmethodiek niet kende, heeft zij de kans misgelopen om haar offerte op een redelijk geïnformeerde wijze voor te bereiden en bijgevolg om de opdracht binnen te halen.

Het is volgens de verzoekende partij dan ook compleet irrelevant dat de verwerende partij nog verwijst in haar memorie van antwoord naar de inhoudelijke beoordeling van de offertes. Wat door het Hof van Justitie en de Raad van State werd bekritiseerd was immers niet enkel de gehanteerde beoordelingsmethodiek – die de relatieve weging van de gunningscriteria compleet heeft gewijzigd – maar tevens het ogenblik waarop deze werd vastgesteld door de aanbestedende instantie, namelijk na de opening van de offertes. Volgens de verzoekende partij zijn dan ook de oorspronkelijke beoordeling van de offertes, noch de oorspronkelijke offerteprijzen van enige relevantie in het kader van de vordering tot schadevergoeding.

De verzoekende partij benadrukt voorts nogmaals dat aangezien zij zich beroept op verlies van een kans, zij enkel moet aantonen dat ten gevolge van de onrechtmatige beslissing tot gunning zij een reële kans heeft verloren op het verkrijgen van de opdracht. Dit laatste blijkt zonder meer uit het vernietigingsarrest van de Raad van State. De Raad heeft immers overwogen dat, indien de verwerende partij de beoordelingsmethode op voorhand kenbaar had gemaakt, de inschrijvers wellicht een andere offerte zouden hebben ingediend dat hen betere kansen zou hebben gegeven. Tevens heeft de Raad overwogen dat de verwerende partij in de gegeven, concrete omstandigheden van de zaak een beoordelingsmethode heeft gehanteerd die niet verfijnd genoeg is geweest om een afvlakking van de gunningscriteria en bijgevolg een wijziging van deze gunningscriteria te voorkomen. Bijgevolg staat volgens haar vast dat zij ingevolge, enerzijds, de laattijdige vaststelling van de beoordelingsmethodiek en, anderzijds,

de onrechtmatige wijziging van de relatieve weging van de gunningscriteria, haar kans heeft gemist op het verkrijgen van de opdracht, hetgeen volstaat in het kader van een vordering tot vergoeding tot herstel op grond van het leerstuk van verlies van een kans.

Zij wijst er ten slotte op dat dit verlies van een kans volgens haar te onderscheiden is van de onderliggende schade, waarop de kans betrekking heeft, zodat de verzoekende partij geenszins dient aan te tonen dat zij met zekerheid de opdracht zou hebben binnengehaald.

7. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij erbij dat het oorzakelijk verband niet werd aangetoond. Zij benadrukt dat ook bij abstrahering van de gehanteerde methodiek duidelijk blijkt dat de verzoekende partij geen kans maakte op de opdracht. Het feit dat de Raad van State heeft vastgesteld dat er een mogelijke beïnvloeding is van de rangschikking door de gehanteerde beoordelingsmethodiek, toont nog niet aan dat er effectief een kans was voor de verzoekende partij om bovenaan de rangschikking te eindigen. Zij herhaalt, met verwijzing naar de woordelijke beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit” in het gunningsverslag, dat indien er dus geen rekening mag worden gehouden met de eerst gehanteerde beoordelingsmethodiek, dan nog, bij een globale beoordeling van dit gunningscriterium, zal blijken dat de verzoekende partij geenszins beter kon worden gerangschikt: uit die beoordeling blijkt immers dat beide inschrijvers dezelfde positieve punten hebben, en in die optiek volledig gelijkwaardig scoren. Zelfs bij een globaal cijfer – waaraan de verzoekende partij in tegenstelling tot wat zij in haar memorie van wederantwoord stelt, op grond van het bestek zich wél kon verwachten – zouden beide inschrijvers aldus toch nog eenzelfde score hebben gekregen. De verwerende partij merkt hierbij nog op dat de verzoekende partij de inhoudelijke beoordeling en de motivering van het gunningscriterium “kwaliteit”, die volgens de verwerende partij wél van belang blijft, op zich niet betwist. De verwerende partij herhaalt tevens dat voor het tweede gunningscriterium “prijs” uit het gunningverslag blijkt dat de

verzoekende partij, welke beoordelingsmethodiek voor dit criterium ook zou zijn gebruikt, steeds de laagste score zou hebben gekregen.

De verwerende partij besluit dan ook dat de verzoekende partij nooit de opdracht in de wacht zou hebben gesleept en dat bijgevolg de gemaakte onwettigheid geenszins in oorzakelijk verband staat met de beweerde geleden schade, dit is het verlies van een kans op de opdracht. Er anders over oordelen, zou volgens haar elke zin aan de concrete invulling van het verlies van een kans ontnemen.

8. In haar laatste memorie valt de verzoekende partij het auditorsverslag bij, alwaar wordt overwogen dat het bestaan van een dergelijke kans niet ernstig kan worden betwist in het licht van de overwegingen van het vernietigingsarrest van de Raad van State nr. 239.937 van 23 november 2017. Zij benadrukt daarbij dat de Raad van State heeft geoordeeld dat, indien de inschrijvers voorafgaandelijk op de hoogte geweest zouden zijn van de gehanteerde beoordelingsmethode, het aannemelijk is dat zij zich meer op de prijs van hun diensten zouden hebben gericht en eveneens dat de Raad van State noch de verwerende partij mogen vooruitlopen op een bijgestelde vergelijking van de offertes volgens meer verfijnde methodes noch op de rangschikking die er dan uit zou zijn voortgevloeid.

De verzoekende partij volhardt voorts in de aangevoerde schade voor de voorbereidingskosten van de offerte. Zij betwist dat dergelijke kosten ter voorbereiding van de offerte reeds zouden zijn ingecalculeerd bij de winstmarge, zodat volgens haar niet mag worden aangenomen dat een eventuele vergoeding voor deze schade hoe dan ook reeds inbegrepen lijkt te zijn bij het toekennen van een vergoeding voor het verlies van een kans om de opdracht te verkrijgen.

Zij verwijst naar een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 16 juni 2016, waarin wordt geoordeeld dat de integrale vergoeding van de

schade die het gevolg is van de niet-gunning van de opdracht wegens een fout van de aanbestedende overheid zich niet beperkt tot het verlies van de gederfde nettowinst maar ook de algemene kosten omvat, waaronder de studiekosten, doch voor zover de verzoeker aantoont dat ze gedekt waren geweest door de verwachte omzet uit de verloren opdracht.

Beoordeling

9. Artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“Elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3, kan aan de afdeling bestuursrechtspraak vragen om haar bij wijze van arrest een schadevergoeding tot herstel toe te kennen ten laste van de steller van de handeling indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing, met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang.

Het verzoek tot schadevergoeding wordt uiterlijk ingediend zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld. Er wordt een uitspraak gedaan over het verzoek tot schadevergoeding binnen de twaalf maanden na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld.

Bij toepassing van artikel 38, moet het verzoek tot schadevergoeding uiterlijk worden ingediend zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de beroepsprocedure wordt afgesloten. Er wordt een uitspraak gedaan over het verzoek tot schadevergoeding binnen de twaalf maanden na de kennisgeving van het arrest waarbij de beroepsprocedure wordt afgesloten.

De partij die het verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend, kan geen burgerlijke aansprakelijkheidsvordering meer instellen om het herstel van hetzelfde nadeel te bekomen.

Elke partij die een burgerlijke aansprakelijkheidsvordering instelt of heeft ingesteld, kan aan de afdeling bestuursrechtspraak geen vergoeding voor hetzelfde nadeel meer vragen.”

10. Om met toepassing van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een schadevergoeding tot herstel te kunnen verkrijgen, moet de verzoekende partij aantonen dat aan de volgende voorwaarden werd voldaan. Er moet een onwettigheid in een arrest van de Raad van State zijn vastgesteld; deze onwettigheid dient een schade te hebben veroorzaakt die nog niet op een andere wijze werd vergoed of waartoe bij een ander rechtscollege nog geen burgerlijke aansprakelijkheidsvordering werd ingesteld; en er dient een oorzakelijk verband te zijn tussen deze onwettigheid en de schade of het nadeel dat men lijdt.

11. De verwerende partij betwist niet dat er sprake is van een onwettigheid vastgesteld in het vernietigingsarrest van de Raad van State, nr. 239.937 van 23 november 2017.

De schade bestaat volgens de verzoekende partij uit het verlies van een kans op het gegund krijgen van de overheidsopdracht. Tevens meent zij dat ook de kosten voor het voorbereiden van haar offerte als schadepost dienen te worden beschouwd. Die post moet volgens haar in billijkheid worden begroot op 10.000 euro.

12. De verzoekende partij mag worden bijgevalen in haar stelling dat zij een kans heeft verloren om de opdracht gegund te krijgen; ook het verlies van een kans kan een vergoedbare schade uitmaken.

Het bestaan van een dergelijke kans kan te dezen niet ernstig worden betwist in het licht van de overwegingen van het vernietigingsarrest van de Raad van State van 23 november 2017. Zo oordeelde de Raad in het voormelde arrest onder meer dat besloten dient te worden dat de verwerende partij niet aannemelijk maakt dat de gehanteerde beoordelingsmethode om aantoonbare redenen niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld, zodat het ingeroepen transparantiebeginsel geschonden is. Daarnaast stelde de Raad ook vast dat de door de verwerende partij achteraf gekozen

beoordelingsmethode de weging van de gunningscriteria blijkt te hebben gewijzigd. Bijgevolg is het volgens de Raad onrechtmatig dat deze methode voor de beoordeling van de offertes door de verwerende partij achteraf werd vastgesteld en had deze methode vooraf in de aankondiging van de opdracht of het bestek bekend moeten worden gemaakt.

De offerte van de verzoekende partij werd door de verwerende partij regelmatig bevonden. Tevens verkreeg haar offerte, net als de offerte van de gekozen inschrijver, de score “hoog” op het gunningscriterium kwaliteit. Daarbij oordeelde de Raad in het voormelde arrest ook onder meer dat “indien [een] meer gedetailleerde schaal was gebruikt, [...] één van de drie ‘hoog’ gerangschikte offertes bij de beoordeling van het criterium ‘kwaliteit’ bijvoorbeeld als ‘zeer hoog’ of ‘excellent’ [had] kunnen worden gerangschikt”. Ook achtte de Raad het aannemelijk dat “indien de inschrijvers van tevoren geïnformeerd waren geweest over de keuze van deze methode voor de toetsing van de offertes aan het criterium “kwaliteit”, zij zich meer op de prijs van hun diensten zouden hebben gericht”.

13. De voormelde onwettigheden hebben betrekking op de gehanteerde beoordelingsmethode en zijn van aard om eventueel de rangschikking te wijzigen, indien ze niet waren begaan.

Het oorzakelijk verband tussen die onwettigheden en het verlies van een kans kan moeilijk worden betwist.

Hierbij mag worden verwezen naar de overweging in het vernietigingsarrest van 23 november 2017 waarin de Raad oordeelde dat de Raad noch de verwerende partij kunnen vooruitlopen op een bijgestelde vergelijking van de offertes volgens een meer verfijnde methode noch op de rangschikking die er dan uit zou zijn voortgevloeid. De verwerende partij kan niet worden bijgevalen in haar stelling dat bij toepassing van een globale beoordeling en puntentoekenning op 50 punten in plaats van de toepassing van een ordinale

schaal met slechts drie waarderingen, te weten laag, voldoende en hoog, uit de vergelijkende beoordeling van de offertes van de verzoekende partij en de andere inschrijvers onbetwistbaar blijkt dat deze nog steeds dezelfde score zouden behalen; zij toont aldus geenszins aan dat de kans in het geheel onbestaande was dat de verzoekende partij met een hogere score op de kwaliteit hoger zou kunnen zijn gerangschikt dan de andere twee inschrijvers, aan wie, net zoals aan haar, een quotering “hoog” werd toegekend op het criterium van de kwaliteit.

Tevens moet worden aangenomen dat indien de gehanteerde methode – de ordinale schaal – voor het criterium van de “kwaliteit” vooraf in de aankondiging van de opdracht of het bestek bekend was gemaakt de inschrijvers zich eventueel meer op de prijs van hun aangeboden diensten hadden geconcentreerd. Ook dan kon de rangschikking er anders hebben uitgezien.

14. Wat daarentegen de aangevoerde schade voor de kosten voor het voorbereiden van haar offerte betreft, kan geen afzonderlijke schade worden aangenomen die in oorzakelijk verband staat tot de vastgestelde onwettigheden.

Het betreft immers kosten die eigen zijn aan elke deelname aan een overheidsopdracht. Ook de gekozen inschrijver zal de kosten van het opstellen van zijn offerte dienen te dragen. Deze kost was eveneens verloren, indien de verzoekende partij terecht niet zou zijn gekozen.

Aldus zou het nadeel bestaande uit de kosten gemaakt voor het opstellen van een offerte zich ook hebben voorgedaan zonder de door de overheid begane onwettigheid. Het oorzakelijk verband tussen de onwettigheid en de aangevoerde schade inzake dergelijke kosten is niet aangetoond.

15. Bijgevolg dient enkel wat de aangevoerde schade die bestaat uit het verlies van een kans op het gegund krijgen van de litigieuze overheidsopdracht te worden begroot en is de beoordeling van de begroting hierna daartoe beperkt.

V. Begroting van de schade

Standpunt van de partijen

16. Wat de begroting van de schade betreft, erkent de verzoekende partij dat, aangezien de opdracht niet werd geplaatst met een aanbestedingsprocedure of procedure waarin enkel het prijs criterium wordt gehanteerd maar wel met een algemene offerteaanvraag, de forfaitaire vergoedingsregeling zoals voorzien in de regelgeving overheidsopdrachten, indien niet zou zijn gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, niet aan de orde is. Dit belet volgens haar echter niet dat ook in geval van onwettige gunning in het kader van een algemene offerteaanvraag de benadeelde inschrijver recht heeft op schadevergoeding en dat voor de begroting ervan kan worden aangeleund bij de schadebegroting zoals deze van toepassing is in het kader van de aanbestedingsprocedure, dit is het zogenaamde 10 %-forfait op het bedrag van de offerte, btw niet inbegrepen. Zij wijst erop dat de meerderheid van de rechtspraak het 10 %-forfait naar analogie toepast bij de berekening van de schadevergoeding voor het verlies van een kans.

De verzoekende partij vraagt dan ook de toekenning van een herstelvergoeding ten belope van 10 % van haar offerteprijs. De totale offerteprijs van de verzoekende partij bedroeg 987.360 euro (basissteekproef) + 69.575 euro (500 extra steekproeven) = 1.056.935 euro, btw inbegrepen. Dit stemt volgens haar overeen met een bedrag van 873.500 euro, btw niet inbegrepen. Een herstelvergoeding van 10 % van het offertebedrag zou bijgevolg neerkomen op 10 % van 873.500 euro, meer bepaald 87.350 euro.

De analoge toepassing bij offerteaanvragen van het 10 %-forfait bij aanbestedingen betekent volgens de verzoekende partij in de praktijk concreet dat de rechter een bepaalde fractie toekent van 10 % conform de waarschijnlijkheid van de verwezenlijking van de kans. Terwijl de waarschijnlijkheid van de verwezenlijking van de kans volgens haar geheel irrelevant is voor de mogelijkheid tot het inroepen van de leer van verlies van een

kans, waarbij het volstaat dat de kans zeker is, is de modalisering wel relevant voor het bepalen van de schadevergoeding.

Aangezien 10 % schadevergoeding overeenkomt met 100 % zekerheid dat de opdracht had moeten worden gegund aan de uitgewonnen aannemer zoals dit het geval is bij aanbestedingen, vertaalt de waarschijnlijkheid van de reële kans op het verkrijgen van de opdracht bij offerteaanvragen en onderhandelingsprocedures zich in het percentage dat de rechter toekent van deze 10 %.

Aangenomen dat de drie offertes van de nv Ipsos Belgium, de nv Signifikant GfKen de verzoekende partij mogelijks gelijkwaardig waren op de kwaliteit gelet op de gelijke score “hoog” en gelet op de gelijkkluidende inhoudelijke toelichting van deze score voor deze drie inschrijvers in het gunningsverslag, moet volgens de verzoekende partij aldus worden aangenomen dat Dimarso 50 % kans had, zodat de vergoeding dient begroot worden op 50 % van 10 % van het bedrag van 873.500 euro, btw niet inbegrepen, dit is 43.675 euro wegens verlies van een kans.

Het bedrag dient volgens de verzoekende partij ook aangepast te worden aan de muntontwaardiging en verhoogd met de interesten en de kosten van het geding. De verwerende partij is immers tevens interest aan de wettelijke interestvoet verschuldigd op de toegekende schadevergoeding vanaf de datum van het ontstaan van de schade, dit is vanaf de gunningsbeslissing van 11 april 2012.

Concluderend vordert de verzoekende partij aldus de veroordeling van de verwerende partij tot betaling aan haar van een bedrag van 53.675 euro, btw niet inbegrepen, te verhogen met de interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf 11 april 2012 tot aan de datum van algehele betaling.

17. De verwerende partij benadrukt in de memorie van antwoord, nu de opdracht werd gegund bij offerteaanvraag en niet bij aanbesteding, dat het aan de inschrijver zelf toekomt om het bewijs te leveren van de omvang van de schade. Hoewel de rechtspraak vaak per analogie beroep deed op de 10% winstmarge zoals voorzien bij aanbestedingen, heeft het Grondwettelijk Hof in een arrest nr. 173/2011 van 10 november 2011 expliciet bevestigd dat het aan de opdrachtnemer zelf is om deze schade te bewijzen. Zij verwijst ook naar een arrest van 16 juni 2016 van het Hof van Beroep te Brussel waarin wordt bevestigd dat er bij offerteaanvraag geen forfaitaire vergoeding van 10 % mogelijk is naar analogie met de aanbestedingsprocedure. Aangezien de verzoekende partij geen concreet bewijs van de omvang van de schade levert, moet de vordering volgens de verwerende partij worden afgewezen als ongegrond.

Alleszins meent zij dat er rekening moet worden gehouden met het aantal inschrijvers. In huidig geval waren er vier inschrijvers, zodat de kans mag worden geraamd op maximaal 25 %. Indien al mag worden aangenomen dat de schadevergoeding kan bestaan uit 10 % van het offertebedrag, en dat dit offertebedrag mag worden samengesteld uit het bedrag voor de basissteekproef opgeteld met het bedrag voor de 500 extra steekproeven, dan zou het bedrag maar maximaal 25 % van de 10 % van 873.500 euro, dit is 21.837,50 euro, kunnen bedragen.

Ten slotte betoogt de verwerende partij nog dat er omstandigheden van openbaar en particulier belang zijn om de schadevergoeding tot herstel te matigen. Zij wijst er op dat zij volledig te goeder trouw gehandeld heeft en de gunningsbeslissing genomen heeft, rekening houdend met de op dat moment heersende rechtspraak van de Raad van State. Het Hof van Cassatie en de Raad bevestigden volgens haar reeds dat bij het vaststellen van de aansprakelijkheid van een administratieve overheid rekening moet worden gehouden met de stand van het recht. In het specifieke geval dat een fout van een administratieve overheid zou voortvloeien uit een vernietigingsarrest van de Raad van State, moet

volgens de verwerende partij dan ook worden nagegaan of de interpretatie die door de administratieve overheid van de geschonden regelgeving gegeven heeft, in strijd zou zijn met de op dat moment heersende rechtspraak van de Raad. Het feit dat deze rechtspraak werd verduidelijkt met een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie en hieruit blijkt dat de verwerende partij een onwettigheid heeft begaan, kan dan ook niet te haren laste worden gelegd. In die optiek verzoekt de verwerende partij de Raad om hiermee rekening te houden bij de beoordeling van de schadevergoeding. Alleszins werd in het schorsingsarrest, waarbij de verwerende partij beseft dat dit een *prima facie* onderzoek is door de Raad, bevestigd dat de verwerende partij op grond van de op dat moment heersende rechtspraak geen onwettigheid had begaan. De verwerende partij stelt dat indien op dat moment een onwettigheid was vastgesteld, zij bijna zeker de gunningsbeslissing had ingetrokken zodat er dan geen sprake was geweest van een mogelijke schadevergoeding.

De verwerende partij verzoekt de Raad dan ook om, indien al een schadevergoeding zou kunnen worden toegekend, rekening te houden met het voorgaande en in die optiek de toe te kennen schadevergoeding te matigen. Minstens verzoekt zij de Raad om hiermee rekening te houden bij het al dan niet toekennen van vergoedende interesten.

18. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij in de eerste plaats dat de verwerende partij ten onrechte beweert dat er geen toepassing zou mogen worden gemaakt van het 10 %-forfait naar analogie met de berekening van de schadevergoeding bij aanbestedingen. In het arrest van het Grondwettelijk Hof waar de verwerende partij naar verwijst – en waarbij zij vermoedelijk nr. 173/2011 in plaats van nr. 57/2011 bedoelt – leest de verwerende partij volgens de verzoekende partij zaken die er simpelweg niet in staan. Zo oordeelt het Grondwettelijk Hof in het voormelde arrest enkel en alleen dat de omstandigheid dat de wetgever deze forfaitaire regeling heeft voorbehouden voor aanbestedingen geen ongrondwettelijke ongelijkheid inhoudt ten opzichte van de schaderegeling bij offerteaanvragen. Het Grondwettelijk Hof heeft aldus nergens

geoordeeld dat het 10 %-forfait niet per analogie zou mogen worden toegepast. Het loutere feit dat er in dit arrest – en ook in de door verwerende partij aangehaalde parlementaire voorbereiding – tevens wordt geoordeeld dat de aanbestedende overheid bij offerteaanvragen over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt bij het kiezen van de voordeligste regelmatige offerte op grond van de gunningscriteria, en de rechter daarom niet met dezelfde zekerheid zou kunnen vaststellen of de opdracht had moeten worden gegund aan de inschrijver die ten onrechte werd geweerd, doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om het 10 %-forfait per analogie toe te passen en wordt volgens haar alleszins opgevangen doordat de hoven en rechtbanken in de regel slechts een breukdeel van het 10 %-forfait toekennen bij offerteaanvragen. Overigens is de rechtsopvatting van het Grondwettelijk Hof volgens haar ook niet geheel sluitend, in zoverre de schadevergoeding bij onwettige gunningen een waarborg is zoals vervat in de procedurele rechtsbeschermingsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten, waar het onderscheid niet wordt gemaakt al naar gelang de gunningswijze wat deze waarborg betreft, en in zoverre de materiële overheidsopdrachtenrichtlijnen zelf geen onderscheid maken tussen aanbesteding en offerteaanvraag.

Voor zover de verwerende partij insinueert dat de door verzoekende partij aangehaalde rechtspraak achterhaald zou zijn want dateert van vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof, verwijst zij bijkomend naar meer recente rechtspraak die het 10 %-forfait per analogie heeft toegepast. Van een kentering in de rechtspraak is volgens haar dus zeker geen sprake.

Voorts wijst zij erop dat zij overigens niet het 10%-forfait vordert, doch slechts een breukdeel ervan. In dit verband beweert de verwerende partij volgens haar ten onrechte dat de verzoekende partij slechts een kans van 25 % zou gehad hebben op de opdracht. Er moet immers niet alleen rekening gehouden worden met het oorspronkelijk aantal inschrijvers, maar tevens met de onderlinge verhouding van die inschrijvers en een inschatting van de kansen. De verwerende partij geeft volgens haar zelf toe dat, als de vergelijking wordt

gemaakt tussen de offertes van de gekozen inschrijver Ipsos Belgium en verzoekende partij, beide inschrijvers eenzelfde positieve punten hebben en in die optiek volledig gelijkwaardig scoren. In dat geval moet er volgens haar van uitgegaan worden dat de verzoekende partij een even grote kans zou gehad hebben op de opdracht als de gekozen inschrijver Ipsos Belgium, oftewel 50% kans.

Daarnaast meent de verzoekende partij dat er geen reden is tot matiging op grond van artikel 11bis, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

In de eerste plaats merkt zij op dat de wet van 17 juni 2013, zoals gewijzigd in 2017, voorrang heeft boven de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in alle gevallen waar de procedurewetgeving niet zomaar onverkort suppletief kan worden toegepast.

Vervolgens wijst zij erop dat de verwerende partij geen enkele reden of omstandigheid aanhaalt van openbaar of particulier belang die van aard zou zijn om de begroting van de vergoeding te matigen, zodat er van enige belangenafweging ten gronde geen sprake kan zijn.

Ten slotte vergist de verwerende partij zich volgens haar tot tweemaal toe schromelijk: er kan geen sprake zijn van enige vergissing in hoofde van de verwerende partij rekening houdend met wat zij noemt “de op dat moment heersende rechtspraak van de Raad”.

De redenering van de verwerende partij dat zij zogenaamd niet beter wist noch kon weten is volgens haar in strijd met het vernietigingsarrest van de Raad, waarin de onwettigheid en derhalve de onrechtmatigheid van het handelen van de verwerende partij werd bevestigd. Bovendien vergeet de verwerende partij dat het in het kader van het vergoedingscontentieux bij de Raad niet eens nodig is om een fout aan te tonen in hoofde van de verwerende partij en dat het integendeel volstaat dat een onwettigheid werd vastgesteld bij arrest van de

Raad. Hoe dan ook kan er van enige schulduitsluiting in rechte volgens haar geen sprake zijn, nu er van enige ommekeer in de rechtspraak volgens haar ook geen sprake is. Er kan volgens haar dan ook op geen enkele wijze sprake zijn van enige goede trouw in hoofde van de verwerende partij.

Evenmin kan de verwerende partij zich volgens de verzoekende partij verschuilen achter het arrest inzake de schorsingsvordering. Voor de beoordeling van de vordering tot schadevergoeding is het nog veel minder nodig en dus niet relevant dat de gunningsbeslissing geschorst is door een rechterlijke instantie of niet; een dergelijke schorsing is geen wettelijke voorwaarde voor het verkrijgen van een vergoeding tot herstel.

Er is volgens de verzoekende partij dan ook geen enkele reden of omstandigheid van openbaar of particulier belang voor een matiging van de toe te kennen schadevergoeding.

Ten slotte wijst zij er nog op dat de poging van de verwerende partij tot relativering van de verplichting tot schadevergoeding, te dezen de vergoeding tot herstel, overigens zonder meer in strijd is met de verplichting voor de rechterlijke instanties om onder gelding van de rechtsbeschermingsregeling doeltreffende rechtsmiddelen te hanteren ter bescherming van de naleving van de overheidsopdrachtenwetgeving.

Er mag volgens de verzoekende partij geen rekening worden gehouden met de matigingsbevoegdheid op grond van artikel 11*bis*, eerste lid van de procedurewetgeving Raad van State, nu de rechtsbeschermingsrichtlijn op geen enkele wijze belangenafweging toelaat in het kader van het vergoedings-contentieux. In zoverre bijgevolg door de aanbestedende overheid wordt aangestuurd op dergelijke matiging, dient voorrang gegeven te worden aan de rechtsbeschermingsregeling op grond van de wet van 17 juni 2013, zoals gewijzigd in 2017, op richtlijnconforme wijze en met inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel zoals vertolkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

19. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij erbij dat de verzoekende partij niet zonder meer beroep kan doen op een analogie-redenering met de 10 % forfaitaire schadevergoeding bij aanbestedingen. Zij verwijst opnieuw naar het arrest van het Grondwettelijk Hof van 10 november 2011 waarin het uitdrukkelijk stelt dat de forfaitaire schadevergoeding ten belope van 10 % van de inschrijvingsprijs en de bijbehorende lichtere bewijslast enkel gelden voor de ten onrechte geweerde inschrijver voor een procedure van aanbesteding, en naar het arrest van 16 juni 2016 van het Hof van Beroep te Brussel, waarin tevens wordt overwogen dat er bij offerteaanvraag geen forfaitaire vergoeding van 10 % mogelijk is naar analogie met de aanbestedingsprocedure. Bovendien wijst zij erop, dat wanneer een mathematische berekening mogelijk is, zoals te dezen wel degelijk het geval is, de rechter niet *ex aequo et bono* (in billijkheid) mag oordelen. Zij doet dan ook gelden dat nu de verzoekende partij een offerte heeft ingediend, rekening houdend met een welbepaalde winstmarge, het die winstmarge is die *in concreto* moet worden aangetoond en die als schade geldt, rekening houdend met de kans die men vervolgens had op de opdracht. Bovendien, zo vervolgt zij, heeft het Hof van Beroep van Brussel bevestigd dat zelfs in het geval van een evaluatie *ex aequo et bono*, de verzoekende partij gehouden is om objectieve elementen en overtuigingsstukken over te maken aan het Hof met het oog op deze evaluatie.

Voorts blijft de verwerende partij erbij dat bij de beoordeling van een schadevergoeding tot herstel de Raad een belangenafweging moet doen en aan de Raad van State een zekere matigingsbevoegdheid is toegekend. Zij benadrukt dat zij volledig te goeder trouw, en op grond van de op het moment van het nemen van de gunningsbeslissing heersende rechtspraak, een beslissing heeft genomen. Het feit dat deze rechtspraak vervolgens wordt verduidelijkt met een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie en dat hieruit blijkt dat de verwerende partij een onwettigheid heeft begaan, kan dan ook niet te haren laste worden gelegd. Het feit dat er geen ommezwaai is in de rechtspraak die zou stellen dat de beoordelingsmethodiek vanaf nu altijd op voorhand moet worden bekend gemaakt doet geen afbreuk aan het feit dat er een verduidelijking is

gekomen dat dit in welbepaalde gevallen wel moet. Het betreft een verduidelijking waarvan de verwerende partij, op grond van de heersende rechtspraak van de Raad van State, voorheen niet op de hoogte was. Dit valt ook duidelijk af te leiden uit de vraagstelling van de Raad van State aan het Hof van Justitie zelf waarbij twee hypothesen worden vermeld, namelijk de vraag naar het bestaan van (i) een algemene verplichting tot bekendmaking van de beoordelingsmethodiek, dan wel (ii) een verplichting in bepaalde omstandigheden, zoals o.m. de draagwijdte, het gebrek aan voorzienbaarheid of het gebrek aan gangbaarheid van deze afwegingsregels.

20. In de laatste memorie sluit de verzoekende partij zich aan bij het auditoraatsverslag, wat de begroting van het verlies van een kans betreft, waarbij het 10 %-forfait per analogie als uitgangspunt mag worden gehanteerd om hiervan vervolgens een breukdeel te nemen.

Wat de concrete begroting van de schadevergoeding betreft, volhardt de verzoekende partij in haar becijfering, zoals uiteengezet in de memorie van wederantwoord.

Na haar argumentatie daaromtrent te hebben herhaald, wijst zij er nog op dat het cassatiearrest van 13 januari 2005 (nr. C.04.0131.F), waarin wordt overwogen dat, wanneer een schade slechts in zijn geheel bepaalbaar is op een bepaalde datum, de rechter kan beslissen dat de vergoedende interesten slechts een aanvang nemen vanaf deze datum, *in casu* geen toepassing kan vinden. Immers heeft het Hof van Cassatie in het voormelde arrest alleen geoordeeld dat de vergoedende interesten vanaf de datum van raming van de schade in haar geheel kan ingaan, “wanneer de schade geleidelijk aan tot stand is gekomen”. Dit is te dezen niet het geval.

Ten slotte herhaalt zij dat er te dezen geen omstandigheden van openbaar en particulier belang zijn die zich verzetten tegen de volledige vergoeding van de schade. Dergelijke omstandigheden kunnen dus volgens haar

evenmin worden aangegrepen om de toepassing van de interessen te beperken in de tijd.

Beoordeling

21. Anders dan het geval is bij aanbesteding, voorziet de regelgeving in geval van offerteaanvraag niet in een automatische en forfaitaire schadeloosstelling.

22. Bij de begroting van de omvang van de schade die bestaat uit het verlies van een kans dient rekening gehouden te worden met, enerzijds, de waarde van de onrechtmatig gegunde opdracht en, anderzijds, de hoegrootheid van de kans die in hoofde van de verzoekende partij bestond om de opdracht daadwerkelijk gegund te krijgen.

Anders dan de verwerende partij dit ziet, kan uit het voormelde arrest nr. 173/2011 van 10 november 2011 niet worden afgeleid dat voor de begroting van het verlies van een kans in het geval van een offerteaanvraag het 10 %-forfait niet per analogie als uitgangspunt zou mogen worden gehanteerd, waarvan vervolgens een breukdeel wordt genomen. Het Grondwettelijk Hof oordeelde enkel dat de keuze van de wetgever om in dat geval niet in de bedoelde forfaitaire schadeloosstelling te voorzien, redelijk verantwoord is, net omdat in de regel niet met dezelfde zekerheid als bij aanbesteding kan worden vastgesteld of de opdracht had moeten worden gegund aan de inschrijver die meent ten onrechte te zijn geweerd. Bijgevolg mag niet het volledige bedrag van die forfaitaire schadeloosstelling in aanmerking worden genomen, maar enkel een nader te bepalen breukdeel ervan, dat juist de inschatting begroot van de kans op de gunning van de opdracht.

In het artikel 16, derde lid, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten

en concessies' is bepaald dat bij openbare of niet-openbare procedure, wanneer de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op grond van de prijs wordt bepaald, de opdracht aan de inschrijver wordt gegund die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, op straffe van een forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien procent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van deze offerte.

Op grond van het voorgaande vertrekt de verzoekende partij bij haar begroting van de schade van een herstelvergoeding van 10 % van haar offerteprijs, dit is 87.350 euro; in de concrete omstandigheden van de zaak mag met deze werkwijze worden ingestemd.

23. Vervolgens dient de kans te worden begroot die de verzoekende partij heeft verloren.

Daarbij dient met de verwerende partij te worden aangenomen dat bij de berekening van de hoegrootheid van de kans rekening dient te worden gehouden met het totaal aantal inschrijvers dat ingeschreven heeft. De onwettigheden doen de gehele klassering immers in vraag stellen, waardoor deze niet meer als uitgangspunt kan dienen. Aangezien er in huidig geval vier inschrijvers waren, mag de kans, rekening houdend met de in het vernietigings-arrest vastgestelde onwettigheden, dan ook redelijkerwijze geraamd worden op 25 %. Aldus kan het verlies van een kans op het verkrijgen van de opdracht te dezen worden begroot op 25 % van 87.350 euro, dit is 21.837,50 euro.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat te dezen nog met andere omstandigheden dient te worden rekening gehouden bij de bepaling van het breukdeel dan met het oorspronkelijk aantal inschrijvers. Zo werden de offertes van de vier inschrijvers regelmatig bevonden. In de mate dat de verzoekende partij zelf haar kans 50 % inschat, dient hier te worden herhaald dat niet mag worden vooruitgelopen op een bijgestelde vergelijking van de offertes noch op de rangschikking die er dan uit zou zijn voortgevloeid, wanneer de

overheid niet de onwettigheden zou hebben begaan

24. De vraag van de verzoekende partij tot het verkrijgen van vergoedende interesten kan worden ingewilligd. Deze interest aan de wettelijke interestvoet is verschuldigd over de toegekende schadevergoeding, te dezen vanaf de datum van het ontstaan van de schade, namelijk vanaf de gunningsbeslissing van 11 april 2012.

25. Er dient te worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij betoogt, er te dezen geen omstandigheden van openbaar en particulier belang zijn die zich verzetten tegen de volledige vergoeding van de aldus begrote schade.

In de mate dat de verwerende partij wijst op haar goede trouw, valt in de eerste plaats op te merken dat voor de toekenning van een schadevergoeding tot herstel de vaststelling van een onwettigheid volstaat.

In de mate dat de verwerende partij er nog op wijst dat de Raad niet de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing heeft bevolen, valt op te merken dat dit slechts een *prima facie* oordeel betreft en dat niets de verwerende partij belette om de betrokken beslissing in te trekken, gelet op het ingestelde annulatieberoep.

26. Wat de begroting van de schade betreft, wordt aldus aan de verzoekende partij een schadevergoeding tot herstel toegekend ten belope van 21.837,50 euro, vermeerderd met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf de datum van 11 april 2012.

BESLISSING

1. De Raad van State veroordeelt het Vlaamse Gewest tot betaling van een schadevergoeding tot herstel aan de nv Kantar Belgium ten bedrage van

21.837,50 euro te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf de datum van 11 april 2012.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het geding, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Het door de verzoekende partij teveel betaalde rolrecht van 200 euro dient haar te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 mei 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest